

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

ELIZANE GOMES DE OLIVEIRA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL CONDICIONADA À
REPRESENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO ESTUPRO
QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

ELIZANE GOMES DE OLIVEIRA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL CONDICIONADA À
REPRESENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO ESTUPRO
QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE**

Monografia apresentada ao curso de direito da
Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR –
Campus Professor Francisco Gonçalves Quiles –
Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da
professora M.e Ozana Rodrigues Boritza.

**CACOAL – RO
2016**

Oliveira, Elizane Gomes de.

O48i A (in)constitucionalidade da ação penal condicionada à representação como condição de procedibilidade do estupro qualificado pelo resultado morte/ Elizane Gomes de Oliveira – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
50 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientadora: Profa. Ma. Ozana Rodrigues Boritza.

1. Direito penal. 2. Direito processual penal. 3. Ação penal.
4. Estupro. I. Boritza, Ozana Rodrigues. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL CONDICIONADA À
REPRESENTAÇÃO COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO ESTUPRO
QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE**

ELIZANE GOMES DE OLIVEIRA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor

- Presidente

Professor (a) - UNIR - Membro

Professor (a) - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, ____/____/____.

Dedico este trabalho ao meu filho Caio Eduardo de Oliveira Tavares que sempre esteve ao meu lado durante esta caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar forças para superar os momentos mais difíceis e por permitir que atingisse meus objetivos.

A minha orientadora, Professoras M.e Ozana pela paciência e disponibilidade em transmitir seus conhecimentos e ajuda na elaboração deste trabalho.

Aos demais Professores do Departamento do Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia pelos conhecimentos transmitidos ao longo do período de graduação e, especialmente aos colegas de curso que souberam em tantos momentos superar comigo momentos de impaciência e ansiedade na persecução desse projeto que é ser bacharel em direito.

“O conformismo é o carcereiro da liberdade e o inimigo do crescimento”

(John Kenedy)

“O êxito na vida não se mede pelo que você conquistou, mas sim pelas dificuldades que superou no caminho”.

(Abraham Lincoln)

RESUMO

Com o advento da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, ocorreram algumas modificações no Código Penal Brasileiro, inclusive no tocante à persecução penal nos crimes de estupro. Após a reforma, o crime de estupro passou a ter como meio de persecução penal a ação penal pública condicionada à representação, como regra, e, excepcionalmente, ação penal pública. Ocorre que, com a nova legislação não há previsão expressa quanto a ação penal cabível ao delito de estupro em que resultar morte da vítima, por essa razão será realizado um estudo dessa alteração legislativa, tendo como base a Constituição Federal, os princípios e normas fundamentais e também os princípios penais que são importantes na interpretação, no intuito de encontrar a aplicação e alcance da norma, e verificar a solução mais adequada que o caso exige, em observância dos escopos do Código Penal, que é a garantia da segurança e a punição dos delitos como meio de prevenção e punição dos crimes.

Palavras-chave: Pessoa Humana. Estupro. Morte. Ação penal.

ABSTRACT

With the enactment of Law 12,015, of August 7, 2009, there were some changes in the Brazilian Penal Code, including with regard to criminal prosecution in rape crimes. After the reform, the crime of rape went on to have as a means of criminal prosecution the public prosecution conditional upon the representation, as a rule, and exceptionally prosecutable. It is that with the new legislation there is no express provision as to appropriate prosecution of rape offense that result death of the victim, for this reason there will be a study of this legislative change, based on the Federal Constitution, the fundamental principles and standards and also criminal principles that are important in interpretation in order to find the application and scope of the rule, and check the best solution that the case requires, in compliance with the scope of the criminal Code, which is the guarantee of security and punishment of offenses as a means of prevention and punishment of crimes.

Keywords: Human Person. Rape. Death. prosecution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DA TUTELA PENAL	13
1.1 DA AÇÃO PENAL	13
1.2 AÇÃO PENAL NOS CRIMES COMPLEXOS	19
1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
1.3.1 DO DIREITO A VIDA E A SEGURANÇA	20
1.3.2 DO DIREITO A LIBERDADE INDIVIDUAL	22
1.3.3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	25
1.3.4 DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
1.3.4.1 DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA	27
2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	31
2.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	31
2.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	32
2.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE POR PARTE DO ESTADO	34
3 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	37
3.1 O CRIME DE ESTUPRO	38
3.2 DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO	40
3.3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4301	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar a aplicabilidade da norma prevista no artigo 225 do Código Penal, aos delitos praticados contra a dignidade sexual, em especial, o crime de estupro qualificado pelo resultado morte.

Pela norma prevista nesse artigo, em regra os delitos contra a dignidade sexual possuem a ação penal pública condicionada à representação como meio de iniciar e persecução penal, e somente quando se tratar de vítimas vulneráveis ou menor de 18 anos poderá se iniciar por ação penal pública incondicionada.

Pretende-se com esse estudo verificar a aplicabilidade da ação penal condicionada a representação e sua constitucionalidade frente ao ordenamento jurídico, tendo como base os princípios Constitucionais ensejadores de norma de cunho impositivo de criminalização aos delitos praticados em face dos bens jurídicos mais relevantes, como é o caso da vida humana.

Em razão da discussão e dúvidas quanto à aplicabilidade da norma aos delitos de estupro em que resultar morte da vítima, e ainda por ser um crime de alta gravidade e ensejar a necessidade de proteção eficiente e eficaz por parte do Estado propõe-se este estudo, no sentido de tentar encontrar o resultado adequado ao caso.

Este trabalho será desenvolvido com o método dedutivo de pesquisa científica, utilizando-se como técnica de pesquisa a bibliográfica, em busca encontrar a solidificação do conhecimento sobre o tema, por meio do conhecimento da lei e da doutrina, tendo por base pesquisas anteriores, disponíveis em livros doutrinários, artigos científicos, periódicos disponíveis na internet, no sentido de solucionar a problematização e trazer ao final do trabalho uma possível resposta.

Será utilizado o método de interpretação jurídica dogmático, em razão de o

tema ter como balizador o princípio da legalidade e a positivação do direito, que exige um estudo ligado a conceitos e dogmas predeterminados, os quais devem ser interpretados no sentido de encontrar a norma que atenda a situação fática.

Para análise do presente tema, foi necessário estruturar o trabalho em três capítulos, quais sejam:

O primeiro capítulo tratará do instituto da ação penal, discorrendo sobre sua definição, a ação penal nos crimes complexos, tendo como enfoque aos princípios Constitucionais relevantes ao estudo do tema, e ainda os direitos fundamentais como ensejadores de maior proteção em âmbito penal.

No segundo capítulo será realizada uma abordagem de alguns princípios mais relevantes no estudo e aplicação do direito penal, como é o caso do princípio da legalidade, proporcionalidade e o princípio da proteção ineficiente por parte do estado.

Por fim, no último capítulo serão analisados brevemente os crimes contra a dignidade sexual, caracterização e estudo do crime de estupro e a ação penal aplicável ao delito, e ainda será realizada um breve estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4301.

1 GARANTIA CONSTITUCIONAL DA TUTELA PENAL

A ordem constitucional é fundada no estado de direito, o qual é caracterizado pela instituição de amplas garantias e direitos individuais, os quais são direcionados a proteção do ser humano. A tutela penal se evidencia por meio do processo e da ação penal. É uma garantia constitucional, que permite que ocorra a persecução penal e a consequente penalização quando houver a violação dos direitos protegidos pela norma penal.

1.1 DA AÇÃO PENAL

A ação penal se constitui em um direito constitucional, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV), que concede ao particular ou a um órgão estatal, o direito de movimentar o Poder Judiciário formulando uma pretensão acusatória. Esse direito se funda no poder exclusivo que tem o Estado de exercer a jurisdição, pois a autotutela, como regra, encontra-se proibida no ordenamento.

Assim explica Pacelli (2012, p. 31):

Não há como negar, e nem temos essa pretensão, que a instituição da jurisdição pública, com autonomia de decisão de poder de imposição de seus julgados, eleva a solução de conflitos sociais (no sentido de abranger questões de natureza individual e coletiva) a um patamar não arbitrário, por que posta sob a incidência de uma normatividade e de um controle por parte de um terceiro (o Estado), não envolvido diretamente na questão de fato e de direito.

O princípio da oficialidade está previsto constitucionalmente (art. 129, I), que dispõe que a ação penal pública é privativa do Ministério Público, podendo ser dedutível, que, como regra a ação penal deve ser percorrida mediante ação penal pública. Todavia, existem exceções, em que se utiliza da ação penal privada, em que a persecução penal se desenvolve mediante provocação do ofendido, que apresenta queixa crime, e também há casos em que se utiliza a ação privada subsidiária da pública, cabível no caso de desídia do órgão ministerial (CF, art. 5º, LIX).

O Estado é detentor exclusivo do *jus puniendi*, que significa que é do Estado o exercício do direito de punir. No entanto, como exceção à regra da oficialidade,

quando o Estado deixa de promover a ação penal pública no prazo legal, por meio do Ministério Público, havendo o escoamento do prazo de oferecimento da denúncia, nasce a faculdade de o ofendido ou seu representante legal, ou os demais legitimados no caso de substituição processual, de promoverem a ação penal privada subsidiária da pública para a aplicação da norma penal ver o agente violador desta ser punido (art. 31, CPP).

De acordo com Pacelli, (2012, p. 34):

[...] No quadro de um Estado de Direito, e sob a perspectiva de um processo de natureza pública, e, mais, tendo por legitimado a agir um órgão estatal, dotado de imparcialidade, a participação do particular deve ser preferencialmente localizada no interesse jurídico que tem todo membro da comunidade de contribuir efetivamente para a realização do Direito, e somente pela via excepcional, supletiva da inércia estatal.

Entretanto, tal instituto, mediante o qual o particular provoca o estado na ação penal subsidiária da pública, não transfere ao particular/ofendido a titularidade da ação penal, que, permanece com o órgão ministerial, já que este pode a qualquer tempo retomar a ação penal como parte principal, aditar a queixa, recorrer e requisitar diligências no caso de desídia do ofendido. Essa disposição vem prevista expressamente no Código de Processo Penal (art. 29 e 30 do CPP).

Neste sentido também define Pacelli (2012, p. 36):

[...] obrigatoriamente essa privativa de órgão público, que haverá de reservar a esse a titularidade e o poder de resolver definitivamente acerca da provocação da jurisdição penal. Remarque-se: a atuação supletiva do particular, com todas as suas consequências, resultantes do exercício de um direito de ação, decorre da necessidade de controle da atuação estatal, possível somente e a partir da inércia do órgão público.

A ação penal pública consagra-se como regra no ordenamento jurídico brasileiro em razão de ser função estatal exercer a jurisdição e esta consubstancia-se na função exercida pelo órgão ministerial de defender a ordem jurídica, o regime democrático de direito e os direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF).

Assim ressalta Pacelli (2012, p. 29):

Mas o que nos interessa, e de modo particularmente decisivo, não é tanto a definição constitucional de uma opção pela ação penal pública como o meio mais adequado de viabilidade de aplicação do Direito Penal, mas a instituição clara de semelhante modelo persecutório como o mais adequado e por isso, exigível – no quadro de uma intervenção penal – orientanda essencialmente para a proteção de direitos fundamentais.

O direito penal possui como escopo a proteção dos bens jurídicos mais importantes, por esta razão possui legitimidade quando sua intervenção for necessária, devendo ser aplicado como o último recurso de controle social e de proteção do bem jurídico - *a ultima ratio*. E essa intervenção deverá ser na medida da necessidade em relação à conduta praticada e à lesão causada ao bem jurídico, mantendo o caráter de subsidiariedade ou último recurso do Direito Penal, sob pena de perder sua legitimidade.

Por este motivo, a aplicação do direito processual penal é uma medida necessária quando se verificar a violação dos bens jurídicos protegidos pela norma penal. Conforme salientado, a ação penal é o direito de provocar o poder judiciário para que este, no exercício de sua função, aplique o direito ao caso concreto, e quando se tratar de bens de tamanha gravidade, tutelados por este ramo do direito, a resposta do Estado deve ser efetiva e necessária.

Conforme salienta Almeida (*apud* PACELLI, 2012, p. 29), “o direito penal seria sempre de ação pública, mesmo quando de ação privada”; “(...) o que determina a conceituação de pública seria a natureza do interesse tratado na ação”. Por esta razão, o direito penal é por sua essência direito público, e deve ter sua aplicação necessária para proteção da sociedade, de seus bens jurídicos.

A ação penal poderá ser privada, cabendo ao ofendido provocar a jurisdição Estatal para ter seus direitos garantidos ou protegidos, quando haver violação a norma, e isso ocorre quando houver disponibilidade dos direitos protegidos. No Direito Penal, o Estado atribui ao particular a possibilidade de acionar a persecução penal mediante a ação privada, não como uma forma de renúncia desse direito pelo Estado, mas apenas como forma de permitir que o particular se manifeste e atue em prol de seu interesse individual, e em consequência atinja o interesse coletivo.

Assim explicita Pacelli (2012, p. 31):

Como teremos oportunidade de ver, porém, a nota essencial de uma ação privada é sua disponibilidade, fundada em considerações geralmente não esclarecidas ou não suficientemente justificadas. Tratando-se, então de uma garantia fundamental, tanto sob o aspecto da explicitação do interesse público, com a legitimação de órgão público para o respectivo exercício, como da possibilidade da manifestação supletiva desse interesse pelo particular, não há como fugir à conclusão de estarmos diante de um procedimento – ou processo – penal destinado à proteção de direitos fundamentais, isto é, dos direitos alinhados no mesmo plano da referida garantia.

A função do Direito Penal não se traduz em proteger todos os bens jurídicos, mas apenas aqueles mais importantes que os demais ramos do direito não conseguem proteger de maneira suficiente. Trata-se do caráter fragmentário do direito penal.

Neste explica Muñoz Conde (*apud* GRECCO, 2014, pg. 5):

[...] nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter fragmentário, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Por este princípio apenas as condutas consideradas mais graves ou danosas praticadas contra os bens jurídicos tutelados exigem proteção das leis penais; as demais devem ser tuteladas por outros ramos do direito.

Em razão disso, impõe-se ao Estado o dever de proteger esses bens, do qual resulta a proibição da proteção deficiente, princípio este implícito na Constituição Federal, derivado também do princípio da proporcionalidade, que por um lado, num aspecto negativo, exige a observância pelo Estado de ater-se a questões humanitárias no que se refere à restrição da liberdade, e por outro, em um aspecto positivo, impõe-lhe um dever de proteção a ser materializado pela incriminação de condutas e responsabilização quando houver violação dos bens jurídicos tutelados.

De acordo com Pacelli (2012, p. 42):

Na chamada hermenêutica constitucional, pode-se recorrer ao postulado da proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição deficiente dos direitos fundamentais, para o fim de se exigir uma intervenção penal mais radical, quando diante da necessidade de proteção desses mesmos direitos, em face de ações igualmente radicais.

Com efeito, de acordo o art. 5º, LIX, CF, há duas imposições implícitas ao legislador. A primeira delas, uma das garantias constitucionais é a proteção penal em face das violações dos direitos fundamentais, que deve ser efetivada mediante ação de natureza pública, cuja função é atribuída ao órgão ministerial. E havendo inércia do Ministério Público, permanece público o interesse que deve ser realizado por meio de um procedimento essencialmente público, mediante o oferecimento da queixa substitutiva.

A segunda imposição é que será sempre possível a intervenção processual de um particular, destinatário dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, quando não for realizado pelo órgão público competente.

Segundo Pacelli (2012, p. 43):

(...) O que pretende aqui delinear é um processo de natureza *necessariamente* pública, como exigência constitucional dirigida ao Estado – daí o dever da ação penal ou da obrigatoriedade dela – quando o Direito Penal se referir à proteção de direitos fundamentais.

O fato é que a Constituição atribuiu ao Estado o dever de promover a ação penal consubstanciado pela função do órgão ministerial de exercer a titularidade da ação penal, e desta esse não pode dispor, pois é uma garantia constitucional individual prevista no art. 5º da CF/88 e revela uma função de tutela dos direitos individuais e coletivos.

Nesse sentido define Pacelli (2012, p. 49):

A ação penal pública, nesse passo, institui-se como garantia tanto para o réu, que somente será submetido a uma persecução penal por um órgão público, e também como direito/garantia em favor da coletividade, quando a sua contrapartida será o dever da ação; daí por que necessariamente obrigatória.

Por fim, a titularidade do controle do ônus acusatório atribuído ao Ministério Público se manifesta como princípio constitucional, sobretudo no que se refere a matéria de direito penal, onde se encontra a reserva de privacidade da ação, atentando-se a um interesse de máxima racionalização na aplicação e efetivação do direito penal.

No que se refere aos crimes contra a dignidade sexual, a persecução penal ocorre geralmente por ação penal pública de natureza condicionada, fundado na primazia do direito à privacidade da vítima posta em superioridade em relação à indisponibilidade de determinados bens jurídicos.

Geralmente, a disponibilidade do bem jurídico ocorre quando o seu titular está disposto a aceitar o perecimento da coisa atingida, sem interessar-se pelo resultado do dano causado. Quando, ao contrário, estiver presente a lesão, não restando disponibilizada concretamente a perda do bem jurídico, não há como recusar a perda deste bem.

Em determinadas situações é possível que haja a necessária representação como forma de permitir que o ofendido se manifeste quanto à persecução penal. A

representação decorre, no entanto, não em razão da disponibilidade do bem jurídico, mas da proteção aos interesses do ofendido, aplicando-se o princípio da ponderação dos interesses que exige sacrifício de um em detrimento de outro, e nesse caso, privilegia o interesse do ofendido que já possui um bem jurídico violado, e havendo a persecução penal poderia resultar em uma maior exposição e ofensa a sua intimidade.

Neste sentido disciplina Pacelli (2012, p. 102):

[...] quando, ao contrário, for desde logo afirmada a lesão, com o oferecimento da *noticia criminis* e por isso não disponibilizada concretamente a perda do bem pelo seu titular, não há como recusar a intervenção penal, a ser patrocinada por órgãos estatais, porque já em campo o interesse público na proteção de bens potencialmente *não disponibilizados*.

De acordo com Pacelli (2012, p. 99), em sede de Direito Penal Comparado, inúmeras legislações acolhem a ação penal privada, todavia alguns deles reservam a legitimidade concorrente ao Ministério Público, como ocorre na Alemanha.

Segundo Pacelli (2012, p. 31):

[...] entendendo presente o interesse público, mesmo para esses crimes será cabível a ação pública, a ser ajuizada pelo Ministério Público, nos termos do §376 do mesmo Código. Anota SCHLUCHTER que o interesse público, quando não previsto em Lei, como é o caso do disposto no § 232 do StGB (Código Penal Alemão), relativamente aos crimes de danos físicos, há de ser aferido segundo tenha ou não consequências para além do círculo de relações pessoais do ofendido.

De todo o exposto, verifica-se que a ação penal por sua essência pública se faz necessária nos casos em que ocorre a violação dos bens jurídicos mais importantes de proteção do direito penal, os quais possuem proteção de âmbito constitucional.

A ação penal pública incondicionada prevista no nosso ordenamento jurídico, tendo como legitimado ativo o Ministério Público, não necessita de provocação de nenhum particular para iniciá-la, devendo o representante do Ministério Público agir *ex officio*. O Estado, como detentor do *jus puniendi*, deve agir para propiciar maior segurança jurídica para a população. Esse mandamento é reforçado no artigo 24 do Código de Processo Penal prevê: “Ação Penal será promovida por denúncia do Ministério Público”.

1.2 AÇÃO PENAL NOS CRIMES COMPLEXOS

O crime complexo é entendido por parte da doutrina como a junção de dois ou mais crimes. Dessa maneira entende Greco que diz “Diz-se complexo o crime quando numa mesma figura típica há a fusão de dois ou mais tipos penais”.

Quem entende dessa forma, define os crimes complexos, conforme previsão expressa no artigo 101 do Código Penal, como aqueles em que o tipo penal prevê duas condutas distintas para caracterizá-lo, desde que, caso sejam praticadas isoladamente, caracterizam crimes autônomos.

Como exemplo, acontece no delito de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, que prevê a subtração de coisa alheia móvel (que, por si só, configura o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal) mediante violência (que pode resultar em lesão corporal, prevista no artigo 129 do aludido código) ou grave ameaça (crime tipificado no artigo 147 do mesmo código).

O Código Penal prevê que, havendo crime complexo, a ação penal será pública, desde que algum dos crimes que compõem o crime complexo seja por iniciativa do Ministério Público.

De outra maneira, entendem outra parte da doutrina, como crimes complexos, além destes mencionado, aqueles delitos em que o tipo penal prevê mais de uma conduta para a caracterização de um delito, mesmo que não sejam necessariamente crimes quando praticados isoladamente, todavia, ao menos uma delas deve configurar algum crime.

Dessa forma entende o autor Damásio de Jesus (2011, p. 157) definindo o crime complexo “quando a lei considera elementos ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmo, constituem crime”.

Pela primeira definição, o crime de estupro não se encaixa como crime complexo, em razão da qual se encontra a conjunção carnal, que, de per si, não é delito, contudo, o emprego de violência ou grave ameaça, isoladamente são crimes.

Dessa maneira, não é seguro considerar o crime de estupro como crime complexo, tendo desta maneira aptidão necessária a dar início da persecução penal por ação penal pública de natureza incondicionada, em razão da divergência existente sobre a própria conceituação do delito por parte da doutrina. E ainda, o direito penal, face ao princípio da legalidade, exige que a lei esteja expressa, sob

pena de, havendo qualquer dúvida, implicar na aplicação do princípio benéfico ao réu, *indubio pro reo*.

1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal fundada no estado de direito, no qual o Estado abre mão de diversos poderes em respeito a diversos direitos consagrados ao ser humano. Ao mesmo tempo em que tem seu poder limitado, o Estado tem seus deveres, e destes ressalta-se a proteção para que o homem não tenha seus direitos desfeitos, e havendo violação, é dever de o Estado exercer o exercício da função punitiva que o caso exija.

O direito à vida, à segurança, à liberdade, entre outros, são direitos consagrados na Constituição Federal, os quais merecem a proteção devida por parte do Estado, de maneira que o ser humano possa ter uma vida tranquila e digna.

1.3.1 DO DIREITO À VIDA E À SEGURANÇA

Com base no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o direito à segurança foi resguardado entre os direitos fundamentais básicos que devem ser garantidos a todo ser humano.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

O direito à vida também é um dos valores básicos impostos pela Constituição Federal. É tamanha a relevância desse bem jurídico que a Constituição traz expressamente em seu texto a imposição que os atentados dolosos contra a vida devem ser perseguidos criminalmente por meio do procedimento do júri popular (art. 5º, XXXVIII, CF).

A Constituição ainda reforça a proteção conferida ao direito à vida, enfatizando que o meio ambiente seja ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público o dever de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o

meio ambiente (art. 225, § 1º, CF/88).

O direito à vida vem demonstrado também na Convenção Americana de Direitos Humanos da qual o Brasil faz parte, que declara no seu art. 4º: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, e também “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Diante do exposto, demonstra-se que o direito à vida possui proteção constitucional. Trata-se de um direito fundamental e incube ao Estado agir para protegê-la.

Nesse sentido declina Mendes, (2012, p. 379):

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.

Visto que dessa forma, a vida humana apresenta-se como um valor central do ordenamento jurídico e por consequência é pressuposto básicos dos demais direitos fundamentais, e por isso impõem-se medidas necessárias para sua proteção.

De acordo com Mendes (2012, p. 382):

O ângulo positivo do direito à vida obriga o legislador a adotar medidas eficientes para proteger a vida em face de outros sujeitos privados. Essas medidas devem estar apoiadas por uma estrutura eficaz de implementação real das normas.

É dever de o Estado utilizar-se de meios eficientes para proteção desse direito, e a tutela penal, como providência de último recurso, se apresenta como medida necessária quando não houver outros meios de proteção eficaz. O Estado, por meio do legislador, deve utilizar-se dos meios mais adequados para garantir a devida proteção ao direito à vida e a penalização adequada, quando houver a sua violação.

De acordo com Mendes (2012, p. 384):

Os direitos fundamentais em geral excitam o dever de proteção a cargo do Estado. É intuitivo, porém, que essa obrigação suba de ponto quanto mais elevado for o peso do direito no ordenamento constitucional. O Estado deverá valer-se de meios tanto mais vigorosos quanto mais relevante for o direito fundamental e quanto mais potencialmente hostil ao direito e danoso ao bem juridicamente tutelado for o comportamento que se deseja prevenir.

No mesmo sentido entende Toledo (1994, p. 13) “só quando a vida comunitária for afetada de maneira grave ou quando os direitos da pessoa forem

desprezados é que o direito penal tem de cuidar da proteção correspondente”. Mas essa intervenção deverá guardar suas proporções, buscando um equilíbrio entre a lesão e a punição, tendo por finalidade atingir a real proteção do bem jurídico tutelado.

Por todo o exposto, o direito à vida, de proteção constitucional, é um bem jurídico de maior relevância do direito penal e deve receber a proteção devida, conforme impõe a própria Constituição Federal. Dessa forma, não pode ocorrer que, delitos que violem esse bem jurídico tornam-se impunes por aplicação da legislação infraconstitucional.

De acordo com Pacelli (2012, p. 42):

[...] enquanto existir esse modelo de intervenção penal (criminalização e pena privativa liberdade), pode-se mesmo recusar validade a eventuais *descriminalizações*, quando deixarem a descoberto a proteção a direitos reconhecidamente fundamentais (vida, por exemplo), mantendo-se, porém, a tutela de outros, de menor valoração (patrimônio, também por exemplo).

Desta maneira, a proteção dos bens jurídicos mais relevantes deve ser feita no momento da previsão legal, prevendo-se a penalização e os meios processuais inerentes, de maneira apta a ensejar a punição no caso concreto, sob pena de ocorrer vício de inconstitucionalidade material, em razão de desrespeito a Constituição Federal.

1.3.2 DO DIREITO À LIBERDADE INDIVIDUAL

O direito a liberdade encontra-se expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, no art. 3º, que de acordo com Mendes assim dispõe.

De acordo com Mendes (2012, p. 298):

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Em razão do Estado democrático de Direito, fundamento básico de constituição do Estado Brasileiro, a liberdade também é um dos direitos fundamentais de proteção expresso na Constituição Federal, a qual atribui ao ser

humano a possibilidade de escolha do meio mais conveniente a alcançar suas necessidades. Mas esse direito de liberdade somente deve ser exercido quando não houver violação a direitos indisponíveis.

Os princípios fundamentais servem de orientação na interpretação das normas, de maneira que possam adequá-las aos valores fundamentais e integrar a ordem jurídica. Dessa maneira, é fundamental essa tarefa interpretativa da lei, buscando encontrar a norma adequada ao caso.

Assim ensina Grau (2006, p. 54):

[...] desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir - pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição aos mais singelos atos normativos, como totalidade.

Os princípios são de tamanha relevância no âmbito de aplicação da norma penal, pois permitem a extração da norma e verificação da sua aplicação ao caso concreto.

De acordo com Mendes (2012, p. 262):

Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.

O âmbito de aplicação dos princípios e direitos fundamentais deve acontecer por meio de um juízo de ponderação, em que ocorra a verificação fática da aplicação dos princípios que sejam necessários para o atingimento dos fins constitucionais.

Segundo Mendes (2012, p. 270):

A limitação aos direitos se torna admissível quando se constituir em meio necessário para a obtenção dos fins, com respaldo constitucional, ínsitos às relações especiais de poder. Por isso, essas limitações hão de ser proporcionais, não tocando todos os aspectos da vida do sujeito.

A aplicação do direito à liberdade ocorre quando não houver violação dos direitos mais importantes no ordenamento. Havendo colisão entre princípios deve aplicar o princípio que mais se adéque a realidade fática.

De acordo com Mendes (2012, p. 263):

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o

ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Desse modo, o direito à liberdade pode ser contido, na medida em que isso seja necessário para a disciplina. De outra forma, no que tange ao estupro qualificado pelo resultado morte, o exercício da tutela penal deve ser privilegiado em benefício de toda coletividade, de forma que a norma constitucional possua a sua aplicação ampla e adequada que o caso exige.

Neste mesmo sentido declina Mendes (2012, p. 262):

No conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

A consagração na Constituição dos direitos fundamentais impõe aos poderes do Estado a sua efetiva concretização, de maneira que, não havendo a sua proteção devida pode ensejar a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou até mesmo o mandado de injunção.

De acordo com Mendes (2012, p. 219):

No âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

A intervenção penal ocorre quando houver necessidade de proteção dos bens jurídicos mais relevantes do direito, cuja finalidade é alcançar a segurança jurídica. Impõe-se a aplicação do princípio denominado *ultima ratio*, ou, último recurso, no qual a lei penal deve servir para impor um mínimo de harmonia e organização na sociedade, de modo que sejam protegidos apenas os bens jurídicos mais relevantes, os quais os demais ramos do direito não possam proteger de maneira efetiva, e o Estado cumpra sua função de proteção da sociedade e aplicação da punição devida ao caso quando houver a violação desses bens.

O princípio da proporcionalidade é um balizador aplicável quando houver colisão entre direitos fundamentais, no sentido de fazer com que o princípio mais adequado possa subsistir. Nesse viés, entre o aspecto individualista que pugna pela liberdade e o da proteção eficiente por parte do Estado em benefício da sociedade, deve ser valorar à luz do princípio da proporcionalidade, em consonância com a

finalidade do direito penal, buscando ser um direito mínimo e garantista.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 67):

O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observância e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica. Pela *necessidade* deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela *adequação*, espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos.

A norma penal deve ser construída tendo por base o princípio da proporcionalidade. Não é razoável que a norma deixa a descoberto direitos que a própria Constituição impõe uma penalização mais rigorosa, pois, desta maneira estaria ocorrendo violação à própria Constituição Federal. E havendo essa violação, essa norma não deverá permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se necessário o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

1.3.3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma série de direitos e princípios necessários à manutenção do Estado Democrático de Direito. Destes são extraídos vários princípios expressos e implícitos que orientam a interpretação da constituição, e daquele faz parte o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme se constata, tal princípio vem esculpido no artigo 1º, inciso III, CF/88:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana

Esse princípio ainda é reforçado em diversos outros artigos, quando, por exemplo, o legislador estabelece a ordem econômica com a finalidade de assegurar uma existência digna (art. 170, *caput*), o direito da criança e adolescente à dignidade (art. 227, *caput*) e a ênfase dada à família como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal acolhe então o princípio da dignidade humana e “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa

humana e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. Sarlet (2007, p. 68).

Constitui assim, a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais, núcleo central da Constituição, e orienta toda a produção legislativa, sua interpretação e aplicação do direito.

A dignidade humana se concretiza em vários aspectos, em um aspecto positivo impõe um dever prestacional por parte do Estado, com a função de agir para proteger a dignidade dos indivíduos; e um negativo, que é a abstenção em face do respeito a esses direitos.

Segundo Sarlet (2007, p. 62):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

A Constituição Federal fundada no Estado democrático de Direito parte do princípio da dignidade humana e orienta a formação do direito penal. Esse direito só é legítimo quando for obediente aos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana se apresenta também com a função de orientar o legislador na definição das condutas delituosas e na cominação de suas penas.

Assim entende Capez (2012, p. 26):

A norma penal, portanto, em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuem real lesividade social.

O princípio da dignidade humana parte do pressuposto que o homem possui direitos que devem ser reconhecidos e respeitados, independente de qualquer condição, simplesmente em razão de condição humana, e deve apresentar-se como base de constituição e interpretação das normas.

Havendo norma que diante da sua interpretação e aplicação prática possa resultar na violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, essa norma não pode prosperar, devendo ser expurgada do ordenamento. Como explica Sarlet (2007, p. 42) a dignidade é “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que

qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.

Toda norma deve ser interpretada em consonância com a norma constitucional, de maneira que, havendo violação em seus fundamentos e princípios, resultará na inconstitucionalidade.

Conforme Sarlet (2007, p. 61):

O que se observa, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

A proteção constituída em face do princípio da dignidade visa impedir que haja a indevida restrição aos direitos fundamentais e a sua violação. Em razão disso, o direito penal possui a função de penalizar de maneira mais severa quando houver ofensa aos direitos de maior relevância, como ocorre na penalização dos crimes contra a vida.

1.3.4 DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal, fundada no Estado Democrático de Direito, tem como base a proteção do ser humano em todos os aspectos, e isso é demonstrado em várias normas constitucionais de cunho protetivo, como, por exemplo, ocorre quando traz mandados de incriminação e penalização quando houver violação a tais direitos, dentre estes se destaca a destinação ao júri popular, os crimes cometidos em violação ao direito fundamental vida humana.

1.3.4.1 DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

A constituição traz expressamente em seu texto mandados de criminalização de condutas. É o que ocorre ao consagrar a instituição do júri popular como organização competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

De acordo com a norma Constitucional inserta no art. 5º, XXXVIII da CF/88:

É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

É de tamanha a importância do bem jurídico vida que justifica a preocupação do legislador constituinte, o qual atribui mandados de incriminação visando à sua proteção, caso ocorra sua violação. E para garantir a efetivação dessa proteção, a norma penal deve ser prevista de maneira a penalizar de forma proporcional, à medida que o violador da norma não saia impune, e também não seja penalizado de maneira desarrazoada.

As normas Constitucionais prevêm direitos e ao mesmo tempo impõe um dever ao Estado, que se concretiza na medida que este efetiva e aplique no caso concreto a proteção a determinados direitos do ser humano. E o direito penal é o meio pelo qual o Estado vai prever as condutas violadoras de alguns desses direitos e suas respectivas penalizações.

Dentre os direitos previstos na Constituição Federal, o direito à vida se encontra em destaque, assim como o direito à dignidade da pessoa humana, de maneira que o Estado deva promover os meios a garantir que todos tenham seus direitos respeitados. E caso isso não ocorra, deva se utilizar-se do direito penal e processual penal, os quais devem prever a punição cabível a cada caso e os meios de se aplicá-la.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 51):

Dentre os bens jurídicos que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual, por que sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual.

Pelo exposto, verifica-se que o respeito à vida humana é um imperativo constitucional, e, para que seja preservada com eficácia, recebe a proteção do Direito Penal, de maneira que este ramo do direito preveja a forma de violação a esse bem e comine as penas devidas, quando resultar em sua violação.

E caso isso não ocorra haverá flagrante ofensa a lei maior, diante da omissão Estatal e da possível supressão desse direito, o qual se encontra expressamente proibido na Constituição Federal, pois a norma destinada ao legislador, impõe a este

a proibição de apresentar proposta de emenda à Constituição Federal tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, 4º, IV, da CF).

A Lei de crimes hediondos mostra-se salutar também neste aspecto, estabelecendo, de forma taxativa, que são considerados hediondos o homicídio qualificado, assim como o homicídio simples quando for praticado em atividade típica de grupo de extermínio e tem por finalidade atribuir penalização mais rígida a tais delitos (art. 1º, da Lei nº 8.072/90).

Dentre os crimes dolosos contra a vida, se destaca o delito de homicídio previsto, no título dos crimes contra a pessoa, no art. 121 do Código Penal.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 49):

Homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem. Embora a vida seja um bem fundamental do ser individual-social, que é o homem, sua proteção legal constitui um interesse compartilhado do indivíduo e do Estado. A importância do bem vida justifica a preocupação do legislador brasileiro, que não se limitou a protegê-la com a tipificação do homicídio, em graus diversos (simples, privilegiado e qualificado), mas lhe reservou outras figuras delituosas, como o aborto, o suicídio e o infanticídio, que, apesar de serem figuras autônomas, não passam de extensões ou particularidades daquela figura central, que pune a supressão da vida de alguém.

Assim, comete homicídio aquele que viola o bem jurídico vida; é o que mata outrem. É o ato atentatório que, por sua vez, extingue a vida humana. O bem jurídico tutelado, é o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, é a vida extrauterina, pois se tratar-se vida intra-uterina o delito será o delineado no art. 124 do Código Penal.

O elemento objetivo é o verbo “matar”, o subjetivo é o dolo, que pode ser direto ou eventual. De acordo a definição contida no Código Penal (art. 18, I) crime doloso é “quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo”.

O delito de estupro vem previsto no Código Penal, no título dos crimes contra a dignidade sexual, no capítulo I, dos crimes contra a liberdade sexual. O art. 213, *caput*, traz a figura básica do delito. O §2º, desse artigo traz a figura qualificada, configurando esta quando em razão do estupro ocorrer a morte da vítima, o qual vem descrito da forma seguinte: “se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

Verifica-se que no delito de estupro qualificado pelo resultado morte também ocorre a violação ao bem jurídico vida, previsto no tipo de homicídio, no art. 121 do CP, configurando a violação ao bem jurídico de maior relevância e de proteção do direito penal e constitucional. Está presente o elemento objetivo “matar”, e também o

subjetivo “dolo”, assim como o resultado naturalístico morte. Ocorre que, por uma questão de especialidade se aplica o art. 213, §2º, CP, em razão da proteção à dignidade sexual.

Vale observar que, também são considerados hediondos o estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º) e o estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), podendo ocorrer na tanto forma simples ou como qualificada recebem a penalização mais rigorosa.

Ocorre que, o art. 225, que atribui como regra a persecução penal ao delito, por meio da ação de natureza condicionada à representação da vítima ou de seu representante, ocorre desarrazoada, pois quando há violação ao bem jurídico vida, a ação penal deverá ser a pública incondicionada.

Dessa forma, deve haver a previsão da punição dos delitos contra a vida em todas suas formas, assim como ocorre no crime de homicídio, deveria ser também o de estupro qualificado pelo resultado morte, pois a violação desse bem jurídico deve possuir a punição devida, com a severidade proporcional que o crime exige, em razão da sua hediondez. E ainda, o júri popular deveria ser a organização competente para julgá-lo, pois assim é o mandamento constitucional aos crimes dolosos que atentaram contra o bem jurídico vida (CF/88, art. 5º, XXXVIII).

2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

O direito penal, ramo do direito que penaliza as condutas violadoras dos direitos mais importantes do ordenamento jurídico, tem como base diversos princípios que orientam toda a aplicação de suas normas.

Tais princípios são importantes para verificar a aplicabilidade e alcance de determinada norma, e ainda as possíveis aplicações de institutos interpretativos.

2.1 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está expresso na Constituição Federal (art. 5º, XXXI). O Código Penal Também traz (art. 1º, CP) expressamente esse princípio da seguinte forma “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”. O direito penal possui aplicação com uma função de proteção do acusado frente ao poder do estado, pois somente quando houver a norma regulamentadora, poderá haver a incriminação e punição do delito.

Assim define Capez (2012, p. 52):

[...] o princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem risco de ter a sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais.

Neste mesmo sentido também salienta Toledo (1994, p. 51):

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo.

Capez (2012, 53) entende que o princípio da legalidade possui três aspectos, sendo o político, o histórico e o jurídico. O primeiro apresenta-se como uma garantia fundamental do homem, pois exerce uma função protetiva em razão de permitir a punição da conduta apenas quando houver previsão em lei, evitando assim a arbitrariedade estatal no exercício jurisdicional.

Pelo aspecto histórico, Capez (2012, p. 53) ressalta que o princípio da legalidade é originário da *Carta Magna Libertatum*, e nesta estava previsto (art. 39) que nenhum homem poderia ser punido por crime não previsto em lei local. Por último, no aspecto jurídico salienta-se que somente haverá crime quando houver correspondência entre a conduta praticada e a previsão legal.

Por este princípio verifica-se que a lei penal deve ter uma interpretação taxativa, configurando a proibição do emprego da analogia. Em razão desse princípio aplica-se normalmente ao fato a norma prevista no momento da prática delitiva, aplicando-se o instituto denominado *tempus regit actum*, vedando-se a retroatividade da lei penal maléfica, conforme vem previsto na lei penal (art. 2º, CP) e na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX, CF).

Por outro lado, a norma processual penal possui aplicação imediata, conforme delineado no art. 2º do Código de Processo penal. Capez (2012, p 130) entende esta norma como aquela que “repercute diretamente sobre o processo, não tendo relação com o direito de punir do Estado”.

Em outro sentido, Capez (2012, p. 135) afirma que a norma pode apresentar-se como de caráter material, entendendo-se assim “toda norma que criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensão punitiva estatal, tornando mais intensa ou branda sua satisfação”.

Neste sentido, verifica-se que quando a norma afetar um direito fundamental do acusado trata-se de norma material e por isso os princípios e normas do direito penal devem ser observados.

Em razão do princípio da legalidade o aspecto de procedibilidade do delito estupro qualificado pelo resultado morte deve estar previsto taxativamente, sob pena de ser necessário aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, e, no que se refere ao delito estupro qualificado pelo resultado morte, ser possível configurar a impunidade do crime, em flagrante violação aos princípios penais e constitucionais.

2.2 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade decorre de uma interpretação implícita da Constituição Federal, como do princípio do Estado Democrático de Direito, definido no art. 1º, *caput*, da Constituição. Esse princípio ocupa papel de destaque na

proteção dos direitos fundamentais em razão da harmonização de interesses, até mesmo entre princípios e direitos fundamentais.

No direito penal, o princípio da proporcionalidade é de tamanha relevância, pois se apresenta como um limitador entre os bens jurídicos que devem ser efetivamente protegidos por este ramo do direito.

Segundo Bitencourt (2012, p. 24):

[...] com base no *princípio da proporcionalidade* é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los.

Por meio desse princípio, também é possível aferir um parâmetro valorativo que permite verificar a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Avalia-se a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Segundo Mendes (2012, p. 331) “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”.

Esse princípio funciona também como um limitador na ordem de interpretação, pois se verifica a utilização da norma ou princípio, de maneira que seja privilegiado aquele que for mais adequado ao ordenamento. No direito penal, esse princípio orienta o legislador no sentido de buscar incriminar condutas que violar os bens jurídicos mais importantes e cominar sanções adequadas a punição do delito.

Segundo Mendes (2012, p. 329):

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip*; *Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita.

No direito penal, a incriminação de condutas e a cominação de penas devem ocorrer observando os mandamentos constitucionais, pois a Constituição Federal

atribui mandamentos de proteção a alguns bens jurídicos, e esses bens devem possuir a punição adequada, quando ocorrer a sua violação. Isso se observa quando o texto constitucional prevê a punição aos delitos mais gravosos, como os crimes dolosos contra a vida, estabelecendo a competência do tribunal do júri para julgá-los (art. 5º, XXXVII, CF/88).

Verifica também quando atribui com maior rigor a punibilidade a alguns delitos, negando possibilidade da concessão da fiança (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV, CF). Em outro sentido, com menor rigor, de forma proporcional aplica-se a alguns delitos a lei dos juizados especiais, com penas menos severas.

Pelo exposto, verifica-se que a mudança inserida no caput do artigo 225 do Código Penal fere gravemente a Constituição Federal, e o princípio da proporcionalidade quanto à punição devida, em razão da norma ser inadequada à proteção do bem jurídico tutelado, quando se tratar do delito estupro qualificado pelo resultado morte.

2.3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE POR PARTE DO ESTADO

O Princípio da Vedação da Proteção Deficiente por parte do Estado também pode ser extraído de maneira implícita da Constituição Federal. De acordo com Gomes “o princípio da proibição de proteção deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente”.

Baseia-se na ideia que o Estado em hipótese alguma pode deixar a sociedade sem uma proteção eficiente, principalmente quando ocorrem crimes graves, como acontece no delito de estupro. Caso ocorra a omissão Estatal no exercício do *jus puniendi* resulta evidentemente em violação ao princípio da proteção eficiente por parte do Estado.

Neste sentido Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a

inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

É dever de o Estado garantir a segurança e proteção a todos, e quando ocorrer crimes deve agir de forma adequada a propiciar a devida punição ao delito, garantindo assim a segurança da sociedade.

Assim também declina Sarlet (2005, p. 132):

A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Pelo exposto, verifica-se que a alteração trazida pela norma prevista no art. 225 do Código Penal, demonstra tal princípio foi extremamente violado, pois o delito denominado estupro qualificado pelo resultado morte, por exigir a representação da vítima ou de seu representante legal para que haja a persecução penal pelo Estado, poderá resultar na inaplicabilidade da norma ao caso concreto.

E é inadmissível que ocorra, em crimes de tamanha gravidade, como é o caso do estupro em que resulte morte da vítima, que o autor do crime fique impune por uma falha do legislador em incriminar a conduta da forma adequada e a sua condição de processabilidade, em evidente ofensa direta aos mandados de incriminação previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, Gomes (2009):

O princípio da proibição de proteção deficiente, bastante apropriado para o âmbito dos direitos sociais, na esfera penal deve ser compreendido com grande cautela, visto que, no Direito penal, por força do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu, o que não está na lei (contra o réu) não pode ser aplicado (ainda que isso represente uma inconstitucionalidade por insuficiência de proteção). O que não está na lei (contra o réu) não pode ser suprido pelo juiz e o que está na lei (por exemplo: a Ação Penal doravante no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal é pública condicionada) não pode ser negado por ele.

Dessa forma conclui-se que a lei serve para impor um mínimo de harmonia e organização na sociedade, de modo que o direito penal deva prever de maneira adequada as condutas lesivas aos bens protegidos, e; havendo violação a esses bens é necessário que ocorra a efetiva punição, cumprindo sua função de proteção da sociedade, fato que não ocorre aplicando-se a norma prevista na atualidade, da maneira que determina o art. 225 do Código Penal.

3 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, houve mudanças no Título VI da Parte Especial do Código Penal, o qual, antes era denominado crimes contra os costumes, agora passou a ser designados crimes contra a dignidade sexual.

Essa mudança trouxe o reconhecimento que tais crimes atingem a liberdade, a dignidade e a personalidade do ser humano, em total sintonia com a Constituição que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do estado de direito.

De acordo com Bitencourt (2012, p. 37):

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual;

Com essa alteração, percebe-se que houve uma maior adequação do Código Penal à Constituição Federal, pois antes se protegia a moral social, agora a dignidade humana, princípio base e fundamental da Constituição Federal, acompanhou a evolução social sobre a matéria. Ademais, estabeleceu qual o bem jurídico tutelado pelas novas regras, deixando claro que a tutela penal no caso em análise, tem por escopo proteger a integridade e o desenvolvimento sexual, elementos essenciais para a observância da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido Nucci (2007, 817):

A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação crimes contra os costumes. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados.

O bem jurídico protegido passa a ser então a liberdade do homem e da mulher, os quais possuem a faculdade de escolher livremente seus parceiros sexuais. Protege-se a dignidade, a intimidade humana, por meio da liberdade

individual e do direito de escola em plena sintonia e adequação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o qual possui um grande foco na Constituição Federal, que consagra e tem como foco o princípio do Estado Democrático de Direito.

Desse modo disciplina Nucci (2009, p.14) “busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”.

Desta maneira, o Direito Penal, tem como fim garantir a toda pessoa a plena liberdade de escolha e de vontade na sua atividade sexual, de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana na sua plenitude, como estabelece a norma Constitucional.

3.1 O CRIME DE ESTUPRO

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor eram disciplinados em diferentes artigos do Código Penal, sendo o primeiro no artigo 213 e o segundo no artigo 214. Após as alterações, tais delitos foram unificados no tipo do art. 213, da seguinte forma: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Segundo Capez (2011, p. 25) a conduta criminosa do delito de estupro, delineada no art. 213, está no verbo “constranger”. Constranger significa forçar, compelir, obrigar. A conduta criminosa, portanto, consiste em forçar alguém, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Por “conjunção carnal” entende Capez (2012) como a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vagínica. Já “Outro ato libidinoso” é definido pelo autor como o ato reservado a satisfazer o desejo sexual diferente da conjunção carnal, podendo ser caracterizado quando ocorrer coito oral, mastusbarção, e outras práticas com finalidade de satisfação sexual. Tanto a prática do primeiro, como do

segundo, configuram estupro, podendo haver a adequação típica do fato a norma descrita no art. 213 do CP.

Ocorre que, pode haver, um agravamento do resultado do delito de estupro, quando, por exemplo, além da violação à intimidade, ocorrer outro resultado mais gravoso, que é a morte da vítima. Havendo esse resultado, implica na violação não só da intimidade, mas também de outro bem jurídico de maior relevância, que é a vida humana, protegida por outras normas próprias, como é o caso dos tipos penais que prevêm o homicídio, artigo 121, o infanticídio, art. 122, ambos no Código Penal, e a penalização de tais delitos são de interesse não só individual, mas coletivo.

O caráter hediondo do crime de estupro conferido pela lei 8.072/90, configurou o endurecimento na aplicação da pena em razão da sua gravidade. De outro modo, condutas como passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado configuram contravenção penal do art. 61 da lei de contravenções penais, delito menos gravoso, em evidente aplicação do princípio da proporcionalidade, pois é o valor/desvalor da conduta que impõe um abrandamento ou endurecimento da pena (Bitencourt, 2012).

Em razão da especialidade do delito de estupro, incide a norma prevista no art. 213, §2º, que prevê “se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”. Verifica aqui uma proteção maior ao bem jurídico vida, pois a pena em abstrato cominada é elevada, contudo, o inconveniente que se verifica é na persecução penal, ou seja, é na aplicação do *jus puniendi*, quando o Estado atua para aplicar a norma ao caso concreto.

Ocorre aqui uma evidente desproporcionalidade, pois, aplicando a norma específica prevista no art. 225 do Código Penal ao delito de estupro qualificado pelo resultado morte, quando ocorrer de a vítima ser maior de 18 anos, e ainda, não se incluir entre os vulneráveis, a persecução penal iniciada mediante ação pública condicionada a representação é inadequada.

Com a aplicação dessa norma, conforme previsto, haverá uma afronta direta a Constituição, por afronta em especial ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, da vedação ao proteção ineficiente, e ainda ao princípio penal constitucional da proporcionalidade. E o direito penal, deixa de cumprir sua função precípua que é garantir a proteção ao direito de liberdade sexual, com o fim de alcançar a dignidade humana.

Entende-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade se faz necessária não somente no momento da previsão em abstrato da pena atribuída ao delito, mas também ao modo como vai se desenvolver a persecução penal, pois é por meio deste que se configura uma das funções evidenciadas pela norma penal, que é a punição do infrator pela sua violação.

3.2 DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

A modificação inserida no caput do art. 225 do Código Penal passou a prever, como regra, que os delitos presentes no capítulo intitulado dos crimes contra a Dignidade Sexual, tem como hipótese de procedibilidade a ação penal pública condicionada a representação. O crime de estupro qualificado pelo resultado morte encontra-se previsto nesse capítulo, da forma seguinte:

CAPÍTULO I
DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
Estupro
Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
§ 2º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Havendo a prática desse delito, deve verificar acerca da persecução penal, e verificar quem são os legitimados a dar início a ação penal com a finalidade de aplicar a penalização devida. De acordo com a norma penal, mesmo tendo havido resultado morte ou lesão grave, a punição desse delito se perseguirá por ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (CP, art. 225):

Ação penal
Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Fazendo uma interpretação dogmática desse dispositivo, a ação penal pública condicionada à representação é cabível aos delitos desse título, e, excepcionalmente, somente quando tratar-se de delitos praticados em face de vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, será de natureza incondicionada.

A mudança inserida nesse texto normativo disciplina que os delitos previstos nesse título são percorridos por ação de natureza condicionada, excepcionalmente serão de natureza incondicionada somente nas hipóteses em que a vítima for menor ou vulnerável, como expressamente previsto, e por isso, como regra é necessário a manifestação da vítima ou de seu representante legal para que ocorra a persecução penal, sob pena de resultar em impunidade face a ocorrência da extinção da punibilidade pela decadência.

Conforme Nucci (2009, p. 69):

O advento da Lei 12.015/09, aplicando-se o princípio da legalidade, afirma, categoricamente, ser a ação pública condicionada à representação. Logo, deve o magistrado, nesses casos, determinar a intimação da vítima, a fim de colher, de imediato (não há novo prazo de seis meses para tanto) a sua manifestação. Se pretender a continuidade da ação penal, conduzida pelo MP, deve formalizar a representação — ou simplesmente demonstrar assentimento, que pode, inclusive, ser obtido tacitamente. Se não quiser o prosseguimento da ação penal, basta negar e o juiz deverá julgar extinta a punibilidade. Retira-se a legitimidade do Ministério Público para prosseguir na demanda, pois a vítima não foi consultada e a nova lei determina que assim seja feito.

Aplicando-se essa interpretação, o delito em estudo será perseguido por ação penal privada, quando já iniciada pela vítima, nos termos da lei, antes do advento da lei 12.015/2009. Posteriormente, com a vigência da nova lei, será percorrido por ação de natureza condicionada a representação, e caso esta não ocorra haverá a aplicação dos institutos cabíveis ao caso, como a extinção da punibilidade e ainda, também se visualiza a figura de outros institutos mais benéficos ao acusado, como o perdão do ofendido e a renúncia.

Neste sentido declina Nucci (2009, p. 70):

Nesse prisma, o fato de, a partir da Lei 12.015/2009), a legitimidade ter-se transmitido ao Ministério Público não afasta a anterior legitimidade do ofendido. Sob tal prisma, o lado processual da nova lei traz benefício ao acusado. A este se torna mais favorável ser a ação privada, pois, conforme a fase, poderia haver perdão, por exemplo, com reflexo material, consistente na extinção da punibilidade. Logo, mantém-se a vítima no pólo ativo.

No mesmo sentindo, ainda prossegue o autor, Nucci (2009, p. 71):

Caso esteja o inquérito em andamento, ilustrando, por estupro ocorrido com grave ameaça contra maior de 18 anos, pensamos deva continuar a ser a ação privada, aplicando-se a lei anterior, pois mais benéfica. Afinal, assim ocorrendo, pode haver renúncia, perdão, decadência etc., com extinção da punibilidade.

Esta interpretação não seria viável ao ordenamento jurídico brasileiro, quando se tratar do delito de em estudo, pois o bem jurídico vida se apresenta desprotegido, pois ocorrendo a morte da vítima, e por ausência da sua representação e ainda daquele que a represente, haveria um empecilho para que o Estado aja para aplicar a lei penal, e ocorrendo desta forma não estará em sintonia como os mandamentos da Constituição Federal, conforme já explanado.

Isso pode resultar que, na prática o autor cometa um crime grave, de forma cruel, e não receba nenhuma punição por falha na aplicação da lei, pois a vítima não pode se manifestar pela representação em razão do óbito. E o seu representante, por algum motivo, também não demonstra o interesse, ou até mesmo pode ocorrer no caso em concreto deste ser o agressor, ou ainda de ser o caso em que a vítima não tenha nenhum representante legítimo.

Nesse caso, ocorre a violação à Constituição Federal, aos seus mandados de incriminação, pois não basta cominar condutas e prever suas respectivas penas se não ocorre a persecução penal para sua aplicação efetiva. Ocorrendo desta forma, a sociedade encontra-se desamparada, sem a devida segurança e com a incerteza de que a punição possa ocorrer da maneira devida, que o infrator seja realmente punido.

Conforme já explanado, todas as normas do ordenamento jurídico, especificadamente do direito penal devem estar em harmonia com a Constituição Federal, com seus princípios e normas, de modo que ocorrendo a violação ao bem jurídico, o agente infrator responda proporcionalmente àquilo que praticou, e ocorra a punição adequada que o caso exigir, e a sociedade não se sinta desamparada.

Em não havendo previsão expressa da aplicabilidade da ação penal pública de iniciativa no Ministério Público, quando o delito de estupro resultar em morte da vítima, é perfeitamente aplicável o princípio do *indubio pro reo*, face ao princípio da legalidade, sendo inaplicáveis institutos como a analogia no direito penal, devendo ser aplicado o benefício em favor do réu e por isso tornaria inviável a persecução penal, quando não houver representação.

Por todo exposto, constata-se que não há nenhuma previsão para que a ação penal seja incondicionada, nos casos em que havendo a prática do crime de estupro resulta em morte da vítima, configurando flagrante inconstitucionalidade por violação aos princípios constitucionais, como é o caso do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do princípio da Vedação da Proteção Deficiente por parte do Estado.

3.3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4301

Em face de tantas divergências trazidas pela Lei nº 12.015/2009 e entendimentos diversos por parte da doutrina acerca de sua aplicação, o Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4301, tendo como fundamento que a alteração imposta ao artigo 225 do Código Penal pela nova lei feriu os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção deficiente por parte do Estado.

BRASIL, 2009:

3. A impugnação dirige-se especificamente contra a nova previsão de que, no crime de estupro do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deve proceder-se mediante Ação Penal pública condicionada à representação, e não mais por meio de Ação Penal pública incondicionada.

(...)

7. Com as inovações trazidas aos artigos 213 e 225 do Código Penal, a *persecutio criminis* relativa ao delito sexual, tanto na sua forma simples quanto nas modalidades qualificadas, passou a se viabilizar mediante Ação Penal pública condicionada à representação (art. 225, caput), admitindo-se, em caráter excepcional, Ação Penal pública incondicionada, estritamente nos casos em que a vítima seja menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável (art. 225, parágrafo único).

(...)

9. Além das exceções previstas no antigo art. 225, a Ação Penal pública incondicionada era adequada ainda ao delito sexual do qual decorresse lesão corporal grave ou morte. A razão é que tais resultados estavam definidos como crimes qualificados no mesmo capítulo em que inserido o art. 225, e não nos capítulos anteriores, aos quais esse remetia. Aplicava-se, então, a regra geral prevista no art. 100 do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal.

10. Intensa controvérsia se desenvolveu quanto à Ação Penal apropriada quando o crime sexual fosse praticado mediante violência real traduzida em vias de fato ou lesão corporal de natureza leve, não obstante a existência, há muito tempo, da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a Ação Penal é pública incondicionada”.

Com a ocorrência dessa alteração o Estado deixa de proteger todas as vítimas de crimes de estupro, deixando-as em situação de menosprezo e

desamparo, implicando na inércia do Estado no exercício de sua função precípua, que é fornecer total segurança e garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal a todos, indistintamente.

Em sua fundamentação, o Procurador Geral da República, salienta que a ação penal pública incondicionada é a mais adequada ao delito quando resultar em lesão corporal grave ou morte, da maneira como ocorria antes da alteração legislativa.

Acrescenta ainda, que a alteração inserida no Código Penal trouxe vários avanços, mais especificamente neste aspecto em estudo houve retrocesso, pois antes das alterações, nos casos em que ocorresse lesão corporal ou morte da vítima, a ação penal era incondicionada, passando a depender de representação da vítima.

Em sua exposição na ADI 4301, o Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel dos Santos ainda argumenta da seguinte forma:

BRASIL, 2009:

13. Referida condição de procedibilidade da Ação Penal em casos tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime – , constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

14. Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

Por todo exposto, está evidente que a aplicação da norma penal e processual conforme está inserida no art. 225 do Código Penal apresenta-se como violadora de direitos e princípios penais e constitucionais, como da proporcionalidade, da proibição da proteção insuficiente, da dignidade da pessoa humana, em razão de no caso em concreto haver a possibilidade de inviabilizar a ação penal nos crimes de estupro quando ocorrer o resultado morte, caracterizando na vulnerabilidade de bens jurídicos da mais alta relevância constitucional, que é a vida e saúde humana.

Prosseguindo em sua explanação na ADI 4301, o Procurador Geral da República ainda traz o segue.

BRASIL, 2009:

17. Sob outro ângulo, a falta de razoabilidade ainda decorre da constatação de que, nos demais crimes definidos na legislação Penal, cujos resultados são lesão grave ou morte – ou nos próprios crimes de homicídio e de lesão corporal grave, inclusive culposos –, a Ação Penal é sempre pública incondicionada. O tratamento diferenciado no delito de estupro qualificado não se sustenta, visto que a conduta antecedente não tem força para atenuar o enorme interesse público decorrente do resultado qualificado.

Pelo exposto, vislumbra-se que não há razoabilidade e adequação na alteração inserida no artigo 225 e deve ser considerado ainda que a gravidade do crime de estupro é tamanha que este delito está previsto na lei dos crimes hediondos, que traz regras mais gravosas de aplicação aos crimes ali previstos, pelo qual, não merece prosperar essa norma penal que traz um tratamento mais benéfico aos criminosos do delito em estudo, em total desarmonia com as leis e o ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal possui como função precípua que é proteger os bens jurídicos mais importantes, como assim determina a Constituição Federal. E esta vai traçando algumas imposições para garantir que a lei realiza a proteção adequada, na medida da importância atribuída ao bem jurídico.

Desta maneira, conforme exposto existem diversos princípios, normas, insculpidos na Constituição, os quais devem ser observados na constituição das leis pelo legislador, assim como na aplicação da lei no caso concreto, de maneira que haja uma harmonia, e não resulta em impunidade, quando a pena for necessária e também não aja excesso, quando a sua aplicação não exigir tamanha intensidade.

Conforme explanado também sobre o delito de estupro qualificado pelo resultado morte, vê-se que o bem jurídico protegido, a liberdade sexual é um bem de grande relevância, o qual possui proteção Constitucional, considerado Direito Fundamental, e por isso irrenunciável.

E no contexto prático, pode ocorrer de havendo a prática do delito em estudo, o estupro, pode resultar em morte da vítima, configurando violação à um dos bens mais importantes do ordenamento, que a própria Constituição Federal impõe que a norma estabeleça punição mais rigorosa, inclusive quando institui o júri para julgá-los.

A aplicação da lei penal não pode ser realizada com arbitrariedades, mas sim com interpretação dogmática, a luz do princípio da legalidade. E por tudo que foi abordado, constatou-se que a norma prevista no artigo 225 do Código Penal, que prevê a ação penal pública condicionada a representação pode ser inadequada na persecução penal do delito de estupro, em algumas situações em que resultar a morte da vítima.

Tendo por base esse entendimento, foi proposta a ação direta de Inconstitucionalidade n. 4301, cuja finalidade é a declaração da inconstitucionalidade da norma insculpada no art. 225 do Código Penal, por caracterizar em ineficácia e proteção ineficiente por parte do Estado no delito de Estupro, o qual possui gravidade alta e proteção por normas que apresenta maiores exigências quanto a penalização, como é o caso da lei dos crimes Hediondos.

Ainda é importante observar que a modalidade que exige a representação para persecução penal pode beneficiar o agente do delito, uma vez que a representação é uma condição de procedibilidade, estando a atividade persecutória subordinada a manifestação de vontade do ofendido.

Mesmo havendo a representação e início da persecução penal pelo Ministério Público, pode ainda, a vítima se retratar, ou seja, retirar a autorização e impedir a continuação da persecução penal, o que confirma o caráter favorável ao agente do delito em relação a ação penal pública incondicionada.

Ainda ficou evidenciado, que a ação penal pública condicionada a representação admite outros institutos mais benéficos, como é o caso do perdão, da renúncia, da decadência, ocorrendo nestes casos a extinção da punibilidade e impedimento de ação do Estado para punir o delito, em total incompatibilidade com o que determina a própria Constituição Federal, a qual prevê que os delitos praticados contra a vida devem ter punição mais rigorosa, tanto é assim que a Constituição Federal institui o júri popular e destina a este somente os delitos praticados contra a vida.

Dessa forma, deve haver a previsão da punição dos delitos contra a vida em todas suas formas, assim como ocorre no crime de homicídio, deveria ser também o de estupro qualificado pelo resultado morte, pois a violação desse bem jurídico deve possuir a punição devida, com a severidade proporcional que o crime exige, em razão da sua hediondez. E ainda, o júri popular deveria ser a organização competente para julgá-lo, pois assim é o mandamento constitucional aos crimes dolosos que atentaram contra o bem jurídico vida (CF/88, art. 5º, XXXVIII).

Por todo exposto, conclui-se que há uma inconstitucionalidade material na norma prevista no artigo 225 do Código Penal por não admitir a ação penal pública incondicionada na hipótese em que o estupro é qualificado em razão da morte da vítima, e aplicando-se o texto literal disposto no artigo 225 implicaria a necessidade, de representação, que nos termos da lei seria o cônjuge, ascendente, descendente

ou irmão, e na ausência destes, ou falta de interesse resultaria em impunidade do crime, o que é plenamente inaceitável no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4301**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4301&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 de Abril de 2015.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 18 de outubro de 2015.

_____. **Norma de Introdução do direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 05 de Julho de 2015.

_____. **Lei 8.072 de lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Acesso em 18 de outubro de 2015.

Bitencourt, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** : parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. –São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal, 2 : parte especial : dos crimes contra a pessoa**. 12. ed. rev. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal, 4 : parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. ed. rev. E ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012.

Capez, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral :16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição da Proteção Deficiente**. Artigo disponível em < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123 >. Acesso em 17 de outubro de 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4º Ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado. 8ª Ed.** – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código Penal Comentado**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001.

Sarlet, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Streck, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 1994.